

XVII Conferencia Nacional de Abogados

Comisión: Tecnología y Derecho



Colegio de Abogados de Santa Fe – 1ra Circunscripción Judicial

Comisión de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías

Directora de la Comisión: Dra. María Laura Spina

Autor: Abog. Marcelo Gabriel Ignacio Temperini

Domicilio: Europa 6943

Teléfono: 0342 – 154 070533

Correo electrónico: mtemperini@asegurarte.com.ar

La eficacia del Derecho en la Sociedad de la Información

Autor: Abog. Marcelo G. I. Temperini¹

Resumen (Abstract). Las nuevas tecnologías han acelerado los procesos de cambios sociales. La velocidad y las posibilidades que se brindan a través de estas nuevas herramientas de la información y las comunicaciones, tienen la potencialidad de generar, modificar o alterar conductas sociales con consecuencias directas sobre la función de control social del Derecho. En este contexto, algunas de las características propias de esta nueva Sociedad de la Información representan una serie de grandes desafíos para el derecho en general, y para su eficacia en particular. El presente trabajo se propone como objeto la posibilidad de análisis y reflexión sobre el siguiente interrogante y disparador: ¿Se ha visto afectada la eficacia del derecho en esta nueva Sociedad de la Información?

Conclusiones: El objeto de este breve trabajo ha tenido como centro de gravedad invitar a la reflexión sobre si esta nueva Sociedad de la Información ha provocado cambios que afectan la efectividad del derecho vigente. En relación a esta pregunta, y teniendo en consideración los casos desarrollados relacionados a las nuevas tecnologías, la respuesta es decididamente afirmativa, toda vez que algunos de los elementos característicos de esta nueva era, poseen un alto potencial que incide de forma directa en la eficacia de la norma. Entre esos factores, observamos que los principales desafíos vienen dados por el elemento de la internacionalidad, masividad y anonimato, generando una expansión radical sobre la cantidad y complejidad de conductas desviadas (en los términos de Durkheim). Este nuevo contexto, exige al derecho como sistema de control social, una mayor capacidad de respuesta ante las infracciones o bien, una reacción, una adaptación que permita corregir el rumbo que evite que muchas de esas conductas sigan navegando en una especie de mar en el cuál no llegan los brazos de la ley.

¹ Abogado (UNL). Doctorando CONICET con especialización en Delitos Informáticos. Analista de Seguridad y CEO de AsegurarTe – Consultora en Seguridad de la Información. Prosecretario en la Comisión de Derecho y Nuevas Tecnologías del Colegio de Abogados de Santa Fe – 1ra. Circunscripción Judicial.

1. Introducción

Las nuevas tecnologías han acelerado los procesos de cambios sociales. La velocidad y las posibilidades que se brindan a través de estas nuevas herramientas de la información y las comunicaciones, tienen la potencialidad de generar, modificar o alterar conductas sociales con consecuencias directas sobre la función de control social del Derecho. En este contexto, algunas de las características propias de esta nueva Sociedad de la Información, tales como la posibilidad de comunicación global desde y hacia cualquier lugar del mundo, la posibilidad de realizar acciones masivas al alcance de un click, y sobre todo, la posibilidad de anonimato, representan importantes desafíos para el derecho en general, y para su eficacia en particular.

El presente trabajo se propone como objeto la posibilidad de análisis y reflexión sobre el siguiente interrogante y disparador: ¿Se ha visto afectada la eficacia del derecho en esta nueva Sociedad de la Información?

2. El Derecho y su función de control social

Dentro de la rama de importantes autores considerados bautizados como funcionalistas, se considera que una de las principales funciones del derecho es la de ejercer el “control social”, entendiendo que el mismo opera integrando los comportamientos sociales en un modelo normativo establecido y corrigiendo o reprimiendo las posibles conductas “desviadas”.

Siguiendo la línea de Parsons y Durkheim, es a través de este control social que se puede accionar frente a las “conductas desviadas” –consideradas como fallos ocasionales y transitorios en el proceso de socialización-, siendo entonces *“el Derecho un tipo de control represivo y a posteriori, mediante el cual se permite reafirmar los valores protegidos por el sistema, que son los que realmente mantienen la cohesión y el orden social”*.²

Esta línea de la doctrina sostiene que en cualquier tipo de control social es necesario la presencia de dos elementos: el material y el formal. En el primero de ellos, encontramos los elementos normativos y valorativos de la conducta que se quieren transmitir a los individuos con la finalidad de orientar e integrar socialmente sus comportamientos. En el elemento formal, se observan los mecanismos, técnicas e instrumentos a través de los cuales se transmiten las pautas de comportamientos a los individuos, siendo el ejemplo clásico para este aspecto, el uso de la fuerza por parte del Estado.

Destacamos este último elemento del control social, el cuál será de utilidad al momento de plantear la reflexión pretendida en el presente trabajo.

3. La Eficacia como valor en el Derecho

Desde la teoría de la norma jurídica, desde hace tiempo la doctrina más calificada y autorizada ha estudiado los distintos problemas, muchos aún en discusión hasta la

² PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio; DE ASIS, Agustín; “Curso de Teoría del Derecho”. Ed. Marcial Pons, 1999, Madrid.

actualidad. Entre ellos, Norberto Bobbio, es quien reconoce que toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, independientes entre sí: si la norma es justa o injusta; válida o inválida, eficaz o ineficaz.

De acuerdo al citado autor, el problema de la eficacia de una norma es *“el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica, no significa que también sea constantemente cumplida”*³.

Como oportunamente se expresó, el presente trabajo pretende tomar sólo una de estas valoraciones, la eficacia del derecho, a fin de ser analizada a la luz de los cambios que implica la sociedad de la información.

4. Otros conceptos de eficacia

Una diferente concepción a la ensayada sobre la eficacia en el Derecho, puede ser observada en la obra del maestro Hans Kelsen, quien conforme a su teoría pura, el derecho es un conjunto de normas o un orden normativo, donde la diferencia entre Derecho y otros órdenes sociales es que el derecho es un orden coercitivo. En este sistema, si un individuo está jurídicamente obligado a comportarse de cierta manera en relación con otro el segundo tiene un derecho a la conducta del primero. En palabras de este autor *“Un orden jurídico como un todo, y las normas jurídicas particulares que constituyen este orden jurídico, se consideran válidas si son, en todos los ámbitos, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia. La validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada.”*⁴

En su obra Teoría General del Derecho y del Estado⁵, Kelsen desarrolla con mayor profundidad su concepto y relación dependiente entre validez y eficacia, afirmando que *“El que la validez de un orden jurídico dependa de su eficacia no implica, según hemos dicho, que la validez de una norma aislada sea dependiente de su efectividad. La norma jurídica aislada permanece válida mientras forma parte de un orden válido. El problema de determinar si una norma aislada es válida, se resuelve recurriendo a la primera Constitución. Si esta tiene validez, entonces todas las normas que han sido constitucionalmente creadas son igualmente válidas. El principio de efectividad implícito en el derecho internacional refiérese inmediatamente sólo a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, y por tanto, únicamente se refiere a este orden considerado como totalidad. Tal principio puede, sin embargo, ser también adoptado en cierta medida por el derecho nacional, y, de este modo, la validez de una norma aislada dentro del orden jurídico nacional se puede hacer depender de su eficacia. Es este el caso en que se admite la posibilidad de que una norma jurídica pierda su validez por desuso.”*

Otro de los grandes autores como Hart se refiere también a la relación entre validez y eficacia en el Derecho. De acuerdo a un estudio realizado por la Dra. Cristina Fuertes-Planas Aleix⁶, para Hart la eficacia de un orden jurídico consiste en el hecho de que

3 BOBBIO, Norberto. “Teoría General del Derecho”; 2da. Edición, Editorial Temis, 1994.

4 KELSEN, Hans; Bulygin, Eugenio. "Validez y eficacia del Derecho". Ed. ASTREA, 2005.

5 KELSEN, Hans, “Teoría general del derecho y del Estado”, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1949.

6 FUERTES-PLANAS ALEIX, Cristina; "Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart", Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007 (131-186). España.

generalmente los individuos a quienes se dirigen las normas se conforman con ellas y en caso de incumplimiento, se aplican también generalmente las sanciones previstas para tales supuestos. En primer lugar hace referencia a la conexión entre validez y eficacia respecto de normas jurídicas singulares, en cuyo caso expresa que no hay conexión necesaria entre la validez de la norma particular y su eficacia, “*salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz*”. Es decir, que la misma regla de reconocimiento incluya como uno de sus criterios de validez la afirmación de que no puede haber norma válida que no sea eficaz. Pero en realidad existe una estrechísima vinculación entre validez y eficacia de las normas jurídicas particulares, ya que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una norma particular de un sistema presupone -dice Hart- la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz, porque el uso normal de enunciados internos se produce en un contexto de eficacia general.

5. Eficacia: grados y metodología.

Si bien sería posible citar otras tantas definiciones y conceptos sobre la eficacia en el derecho, nos limitaremos a las ya realizadas, en ocasión de la brevedad del presente trabajo. De los conceptos expuestos, adoptaremos el expresado por Bobbio⁷, quien a paso siguiente de su conceptualización, procede a determinar distintos grados o categorías de eficacia en las normas:

- Aquellas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (las más eficaces)
- Aquellas que se cumplen por lo general solo cuando van acompañadas de coacción; (eficaces)
- Aquellas que no se cumplen a pesar de la coacción; (ineficaces)
- Aquellas que incluso ante su violación, tampoco se aplica coacción (las más ineficaces).

En búsqueda de avanzar en el estudio de la eficacia y su importancia en la función del derecho, sostiene Bobbio que mientras la investigación sobre la justicia de la norma es de carácter filosófico; la investigación sobre la validez es típicamente jurídica, la investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es más bien de carácter histórico-social, orientándose al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social.

Sostiene entonces que se puede afirmar que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho. Es decir, intentar determinar la eficacia o ineficacia de una norma, inevitablemente nos involucra en “*el terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico. De aquí*

7 Op. cita 3

nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la sociología jurídica”⁸.

En conclusión, intentar develar los niveles de eficacia de una norma, nos obliga a la necesidad de medir los comportamientos efectivos del hombre en sociedad, para determinar su decisión frente a la norma, de respeto y seguimiento (eficacia), o bien de ignorancia e infracción a las obligaciones establecidas (ineficacia).

6. La Era de la Sociedad de la Información

Desde la UNESCO⁹ se ha llevado a cabo la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información¹⁰ (CMSI), la cuál tuvo lugar en dos fases: la primera fue realizada del 10 al 12 de diciembre de 2003, en Ginebra (Suiza), donde se adoptó una declaración de principios y un plan de acción. La segunda fase se llevó a cabo del 16 al 18 de noviembre de 2005 en Túnez. En ambas fases, se manifiesta el compromiso de construir una sociedad de la información centrada en la persona, en donde todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, elevando así la calidad de vida de los pueblos, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Numerosos conceptos y desarrollos pueden encontrarse en la actualidad sobre lo que es la Sociedad de la Información, o para algunos, Sociedad del Conocimiento. Entre ellos, nos parece adecuada la descripción realizada por Rodolfo Herrera Bravo, quien expresa al respecto que *“Detrás de todo este desarrollo tecnológico descansa la información como objeto de dicha revolución. La información ya era valiosa en el pasado, significaba encontrarse en una situación ventajosa respecto a quienes no la tenían. Pero en el presente su valor se acrecienta, ya que antes no existía la posibilidad de convertir informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, de interrelacionar esa información y de procesarla con rapidez, como ocurre hoy, en la sociedad de la información. En definitiva, lo que ocurre es que esa información cada vez aporta más conocimiento, que es lo verdaderamente importante, y que quien dispone de conocimiento tiene poder”¹¹*

Entre los varios principios dados en la CMSI, se reafirma como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, y según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. La comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica y el fundamento de toda organización social. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas, en todas partes, deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que ofrece la Sociedad de la Información.¹²

En este contexto, se introduce la inevitable necesidad de hacer referencia a Internet,

8 op. cita 3

9 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

10 CUMBRE MUNDIAL DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN; WSIS-03/GENEVA/4-S; 12 de mayo de 2004; Url: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>, Consultado: : 10 de Abril de 2014

11 HERRERA BRAVO, Rodolfo. “El Derecho en la Sociedad de la Información: Nociones generales sobre el Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”, Publicado en DerechoTecnologico.com, Url: <http://www.derechotecnologico.com/estrado/estrado002.html>

12 Op. cita 10

como red de redes y paradigma que ha hecho posible el desarrollo de esta Sociedad de la Información a la cuál estamos haciendo referencia. Es precisamente a través de los innumerables cables de Internet que muchos de estos derechos citados pueden llevarse a la práctica, efectivizarse, y es también esta nueva puerta de posibilidades quienes vienen a plantear diversos desafíos para el derecho, algunos que desarrollaremos a continuación.

7. Los desafíos inherentes en las Tecnologías de la Información y Comunicación

Bien conocidos son todos beneficios o virtudes que ha traído consigo esta nueva era de la información. La inmediatez o velocidad de las comunicaciones, la masividad en el procesamiento de datos, el acortamiento de las distancias, el acceso a la información, entre otras. Sin embargo, no tantas veces se repara en el desarrollo de las problemáticas inherentes a su propio paradigma de la información, al menos, para el mundo jurídico. Este desdibujamiento, es reconocido por la Resolución AG/RES. 2004¹³ que plantea la Estrategia de Seguridad Cibernética por parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en donde se expresa que *“La naturaleza sin fronteras de las redes mundiales significa que un único acto delictivo relacionado con una computadora puede afectar o dirigirse a computadoras en varios países”*.

Un primer desafío es presentado a través de la posibilidad de comunicación electrónica instantánea desde cualquier lugar del mundo, que implica como consecuencia directa el desdibujamiento de fronteras políticas tradicionales, una idea que hubiese espantado a muchos en otros tiempos. Este fenómeno de la internacionalización en las comunicaciones, sin ningún tipo de “control” –un derecho humano garantizado como hemos visto- deja abierta la posibilidad de existencia de distintos tipos de acciones realizadas a través de los medios informáticos que pueden lesionar una variedad de derechos, que al ser ejecutados desde cualquier lugar del mundo, posibilita el incremento de forma radical de sujetos activos por un lado, y pasivos por el otro. Injurias, calumnias, amenazas, difamaciones, hackeos, interceptación de comunicaciones, extorsiones, entre otras, no solamente son posibles a través de las nuevas tecnologías, sino que este tipo de conductas se ven facilitadas gracias a la posibilidad de la combinación de otros factores como el anonimato y la masividad, aspectos sobre los cuáles diremos algunas palabras.

La consecuencia fáctica de que dicha conducta desviada sea realizada de forma instantánea desde cualquier lugar del mundo, implica que para poder aplicar las consecuencias normativas correspondientes, será necesario determinar quien ha sido su autor, desde donde fue realizada dicha acción, conllevando así una compleja (y costosa en términos jurídicos y económicos) tarea de investigación. Dicha tarea, puede incluso llegar a un camino sin salida, es decir, a que sea imposible técnicamente determinar quien ha sido el autor de dicha acción. Aquí introducimos entonces el segundo de los desafíos: el anonimato.

La posibilidad de anonimato está al alcance de todas aquellas personas que con un mínimo conocimiento técnico, pueden utilizar determinadas herramientas técnicas para evitar ser rastreados (o que los rastros se pierdan en el medio de un océano), dejando al “sistema” del derecho, sin armas para hacer efectivo lo normado.

Este contexto, debe ser completado por el tercer y último elemento que desarrollaremos:

13 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA); AG/RES. 2004 (XXXIV-O/04), Año 2004

la masividad. Este aspecto también viene a jugar un rol destacado en cuanto a los desafíos para el derecho. Si bien la posibilidad de realizar una conducta dañosa siempre existió, las nuevas tecnologías posibilitan que dichas acciones se realicen de forma automatizada, permitiendo así la masividad. Tratando de trazar un paralelo (que en el mundo digital, nunca son buenos), podríamos citar el ejemplo de un ladrón de casas, que una a una va probando las puertas de las casas, esperando encontrar alguna abierta en la oscuridad de la noche. En esta nueva versión digital del robo de información, un cracker¹⁴ puede testear miles de puertas informáticas, de forma simultánea y al alcance de un click. La masividad posibilita expandir el ataque de una forma nunca antes vista, multiplicando la cantidad de sujetos pasivos que recibirán el ataque, y multiplicando así, las posibilidades de éxito del mismo.

Los engaños o estafas electrónicas, son enviadas a diario a millones de correos electrónicos, esperando encontrar víctimas que caigan en las redes. Desde otro punto de vista, vale el ejemplo de lo que sucede al publicar una foto privada en Internet (por ejemplo en casos donde se difunde una imagen o video para perjudicar a una persona), esto implica que dichos contenidos son difundidos en forma masiva, haciendo que sea técnicamente imposible determinar que otros terceros han visto, descargado y se encuentran en posesión de dicha imagen.

8. La Eficacia del Derecho en la Sociedad de la Información

Superada la etapa teórica sobre algunos de los posibles conceptos sobre la eficacia del Derecho, y desarrollado algunos de los desafíos que la Sociedad de la Información representan para el Derecho, estamos en condiciones de avanzar hacia el próximo paso del objeto pretendido en este artículo.

Dicho tema ha sido elegido en ocasión que la especialización del autor gira alrededor de las distintas relaciones entre el derecho y las nuevas tecnologías de la información, las cuáles terminan siendo las herramientas que posibilitan la existencia de esta nueva “era de la información”.

Nuestro objeto gira entonces sobre la posibilidad de análisis o reflexión de la siguiente pregunta: **¿Se ha visto afectada la eficacia del derecho en la Sociedad de la Información?** Siguiendo la doctrina autorizada en la materia, hemos ya dicho que la investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, de forma que se plantea el interrogante sobre si el cambio de las variables sociales ocasionadas por esta nueva Sociedad de la Información, han sido de tal naturaleza que tengan un impacto significativo sobre la eficacia del derecho actual.

A fin de construir las bases para sostener un ensayo de respuesta, se considera apropiado desarrollar brevemente algunas situaciones particulares sobre el derecho en relación a las nuevas tecnologías, útiles para ejemplificar la óptica o la “lente” desde la cuál observamos al derecho.

El problema de la Propiedad Intelectual. Dicho caso puede ser perfectamente aplicable en cualquier país del mundo, pero nos detendremos a repasar la situación actual en Argentina. En nuestro país se encuentra vigente la Ley 11.723, conocida como la Ley de Derechos de Autor, en la cuál se establecen los criterios jurídicos esenciales del sistema

¹⁴ El término cracker (del inglés cracker, ‘romper’) se utiliza para referirse a las personas que rompen algún sistema de seguridad

de propiedad intelectual (siguiendo la línea internacional del Convenio de Berna). Dicha norma, ha tipificado penalmente algunas conductas relacionadas a la violación de la propiedad intelectual, en los art. 71, 72 y 72 bis¹⁵. A modo general, dicha norma establece las reglas jurídicas sobre el régimen de propiedad intelectual, y no sólo eso, sino que además, con el claro destino de reforzar su cumplimiento a través de la coacción, se ha optado por la utilización del instrumento más poderoso de todos (el penal), estableciendo distintas sanciones de prisión y multa para sus transgresores.

En palabras de una especialista en la materia, Beatriz Busaniche¹⁶, "*Usuarios de Internet, bibliotecarios, docentes, estudiantes, consumidores, todo el mundo viola esta ley porque no hay forma de no hacerlo: Argentina no tiene excepciones educativas, excepciones para bibliotecas, derecho a la copia privada, cláusulas de uso justo, o siquiera un derecho a cita lo suficientemente amplio para ser útil*". Más allá de la clara desactualización normativa en este ámbito (recordar que el texto de dicha norma data del año 1933), se debe reconocer que la posibilidad que se brinda a través de las nuevas tecnologías, donde ya no existe un "original" y una "copia", exige repensar todo el modelo de protección de la propiedad intelectual, el cuál representa para el derecho un claro desafío incluso a nivel mundial.

Es precisamente a este último punto al cuál queremos hacer referencia para apoyar la posición de este trabajo, es decir, las características inherentes a la Sociedad de la Información, han impactado en el modelo tradicional (en este ejemplo, de la propiedad intelectual) en algunos casos de una forma tan radical, que la versión "digital" de estos derechos (en el cuál, se aplica el mismo marco normativo) carecen de toda aplicación en los hechos, incluso existiendo sanción penal para dichas infracciones. Teniendo en consideración los distintos niveles de eficacia desarrollados de acuerdo a la teoría de Bobbio, en materia de propiedad intelectual, podríamos afirmar que estamos en presencia de la última de las opciones, con el nivel de eficacia más bajo.

El problema de los Delitos Informáticos. Entre los aspectos negativos que han venido de la mano las nuevas tecnologías, son probablemente los delitos informáticos los más importantes que se pueden encontrar. En este sentido y siguiendo la doctrina clásica, podemos encontrar dos categorías de delitos informáticos: Por un lado, la comisión de delitos tradicionales a través de nuevos medios electrónicos (por ejemplo, una estafa electrónica) y por otro, la existencia de nuevos bienes jurídicos tutelados (la información, la privacidad, etc.) que dan lugar a la existencia de delitos inexistentes hasta hace algunos años, como el caso del hacking, cracking, etc.

Casos como los cables diplomáticos y secretos difundidos por Wikileaks¹⁷, la aparición de Snowden¹⁸ y la apertura al mundo del programa de espionaje PRISM por parte de Estados Unidos, junto con otros tantos casos locales, van mostrando a la sociedad, la existencia de una red de cibercrimen cada vez menos oculta.

15 Ley 11.723; Art. 72 bis. — Será reprimido con prisión de un mes a seis años: a) El con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;

16 BUSANICHE, Beatriz; "El delito que cometemos todos", Fundación Via Libre. 2011. Url: <http://www.vialibre.org.ar/2011/05/15/el-delito-que-cometemos-todos/>

17 DIARIO CLARIN, "La Casa Blanca implora a WikiLeaks que no filtre más documentos sobre la guerra", 30/07/2010. Url: http://www.clarin.com/mundo/Casa-Blanca-implora-WikiLeaks-documentos_0_307769448.html, Consultado: 27 de Noviembre de 2013

18 DIARIO CLARIN, "Hackeamos a cualquiera en cualquier parte del mundo". 11/06/2013. Url: http://www.clarin.com/mundo/Hackeamos-cualquier-parte-mundo_0_935906490.html, Consultado: 27 de Noviembre de 2013

De acuerdo a uno de los estudios de mayor relevancia mundial en delitos informáticos¹⁹, en el cuál se han entrevistado más de 13.000 adultos en 24 países, para el año 2012, se calculó que los costos directos asociados con los delitos informáticos que afectan a los consumidores en el mundo ascendieron a US\$ 110.000 millones en doce meses. El mismo estudio revela que por cada segundo 18 adultos son víctimas de un delito informático, lo que da como resultado más de un millón y medio de víctimas de delitos informáticos cada día, a nivel mundial.

En este tipo de problemática, la complejidad que reviste para el derecho puede analizarse desde distintos aspectos. Por un lado, es necesario contar con una legislación adecuada para condenar las conductas consideradas como socialmente disvaliosas o desviadas (en Argentina, en 2008 fue sancionada la Ley 26.388 que ha incorporado diversos tipos penales informáticos). Sin embargo, el mayor desafío en miras a la eficacia de la norma, es dado en el plano procesal. Este aspecto (a su vez) es sustancialmente complejo, esencialmente por la dificultad que conlleva la obtención de pruebas digitales que puedan ser incorporadas de forma válida al proceso judicial, que en última instancia permitan a un juez aplicar la norma de fondo vigente en la materia y condenar a los autores.

La potencial internacionalidad de este tipo de delitos (que en los casos más graves han dado lugar a ciberguerras entre Estados), exige al derecho la adopción de nuevas estrategias para lograr una lucha eficaz contra el cibercrimen. Claro ejemplo es el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest²⁰, elaborado por las potencias mundiales como EEUU, Japón, y muchos miembros de la Unión Europea (y al cuál Argentina está en vías de adhesión). Dicho instrumento, toma el modelo de las directivas europeas, obligando a los Estados parte a disponer de determinados elementos y organismos que garanticen la cooperación internacional.

La escasez de jurisprudencia en la materia, es un claro indicador de la dificultad que representa para el derecho este nuevo tipo de delincuencia, ya sea por factores de fondo, de forma, o incluso de cooperación y coordinación político-criminales entre los Estados.

Para no extendernos más en este punto, y a los fines del presente trabajo, lo que se quiere señalar es que más allá de la existencia de una norma penal válida (en Argentina, la Ley 26.388 que ha incorporado la mayoría de estos tipos penales informáticos), la realidad del fenómeno demuestra un peligrosamente bajo nivel de eficacia.

9. Conclusiones

Como hemos podido señalar en un principio, el objeto de este breve trabajo tenía como centro de gravedad invitar a la reflexión sobre si esta nueva Sociedad de la Información -que ha llegado cargada en los hombros de los desarrollos tecnológicos de la información y las comunicaciones- ha generado o sigue generando cambios sociales de una entidad suficiente como para provocar ciertos cortocircuitos en el “orden social” tradicional, particularmente, afectando la efectividad del derecho vigente.

Teniendo ese interrogante como disparador y a criterio de este humilde autor, la respuesta

19 SYMANTEC CORPORATION; *Informe de Norton sobre delitos informáticos* para el año 2012, septiembre de 2012: <http://www.norton.com/2012cybercrimereport>

20 COUNCIL OF EUROPE. “Convenio de Cibercriminalidad de Budapest”. Budapest, 23 de noviembre de 2001. Url: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ETS_185_spanish.pdf, Consultado: 27 de Noviembre de 2013

-en determinados casos relacionados a las nuevas tecnologías-, es decididamente afirmativa, toda vez que algunos de los elementos característicos de esta nueva era, poseen un alto potencial que incide de forma directa en la eficacia de la norma.

Entre esos factores, observamos que los principales desafíos vienen dados por el elemento de la internacionalidad, masividad y anonimato, generando una expansión radical sobre la cantidad y complejidad de conductas desviadas (en los términos de Durkheim). Este nuevo contexto, exige al derecho como sistema de control social, una mayor capacidad de respuesta ante las infracciones o bien, una reacción, una adaptación que permita corregir el rumbo que evite que muchas de esas conductas sigan navegando en una especie de mar en el cuál no llegan los brazos de la ley.

Esta nueva cantidad y complejidad de conductas desviadas realizadas a través de medios electrónicos son las que, a criterio de este autor, afectan de forma significativa la efectividad del derecho, sobre todo en determinadas problemáticas puntuales relacionadas a las tecnologías de la información. No obstante, incluso delitos tradicionales -como una amenaza-, puede quedar en total impunidad si es realizada a través de determinados medios electrónicos de comunicación.

En otro orden de ideas, vale destacar que en los términos de los elementos del “control social” desarrollado en este trabajo, observamos que el desafío para el derecho por parte de las tecnologías de la información, se encuentra en el aspecto formal, es decir, en la deficiencia o ausencia de los mecanismos e instrumentos utilizados por parte del Estado para aplicar las sanciones dispuestas en el aspecto material. No queremos con ello disminuir la vital importancia del aspecto material, del cuál se subyace la elemental necesidad de contar con una legislación actualizada y adaptada a los cambios y tiempos exigidos por esta Sociedad de la Información.

Por último, consideramos relevante dedicar unas líneas de estas conclusiones a expresar lo que llamamos como el efecto “sensación del vacío legislativo”. Puntualmente nos referimos al efecto producido ante diversos hechos de amplia difusión social (como el hackeo a los famosos, fotos perdidas, etc.), donde los medios masivos de comunicación en general fomentan de forma continua hacia los espectadores, un mensaje de que sucede lo que sucede, porque existe un “vacío legislativo”, de que “hace falta una ley” para solucionar “el problema”.

Dicho mensaje en la mayoría de los casos es infundado, toda vez que existe legislación aplicable, que en su caso, podrá llegarse a debatir su idoneidad, pero que existe y está vigente. Sin embargo, lo más importante a destacar de la problemática citada, implica que la idea de este mensaje logra que en su gran mayoría las personas quedan convencidas de que las conductas prohibidas en el mundo “físico”, pueden ser realizadas en el mundo “virtual” de Internet sin recibir ningún tipo de correctivo o sanción por parte del sistema de derecho, perjudicandose así aún más la situación de la eficacia del derecho.

Como conclusión final, dejamos expresada la idea de evolucionar hacia un derecho más dinámico, menos cristalizado, que posea la potencialidad de dar respuestas más rápidas y justas ante la nueva gama de conductas desviadas que son potenciadas por las características inherentes a la propia Sociedad de la Información.

10. Bibliografía

- BOBBIO, Norberto. "Teoría General del Derecho"; 2da. Edición, Editorial Temis, 1994.
- BUSANICHE, Beatriz; "El delito que cometemos todos", Fundación Via Libre. 2011. Url: <http://www.vialibre.org.ar/2011/05/15/el-delito-que-cometemos-todos/>, Consultado: : 10 de Abril de 2014
- COUNCIL OF EUROPE. "Convenio de Cibercriminalidad de Budapest". Budapest, 23 de noviembre de 2001. Url: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ETS_185_spanish.pdf , Consultado: : 10 de Abril de 2014
- CUMBRE MUNDIAL DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN; WSIS-03/GENEVA/4-S; 12 de mayo de 2004; Url: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>, Consultado: : 10 de Abril de 2014
- DIARIO CLARÍN, "Hackeamos a cualquiera en cualquier parte del mundo". 11/06/2013. Url: http://www.clarin.com/mundo/Hackeamos-cualquier-parte-mundo_0_935906490.html, Consultado: : 10 de Abril de 2014
- DIARIO CLARIN, "La Casa Blanca implora a WikiLeaks que no filtre más documentos sobre la guerra", 30/07/2010. Url: http://www.clarin.com/mundo/Casa-Blanca-implora-WikiLeaks-documentos_0_307769448.html, Consultado: : 10 de Abril de 2014
- FUERTES-PLANAS ALEIX, Cristina; "Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart", Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007 (131-186). España.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo. "El Derecho en la Sociedad de la Información: Nociones generales sobre el Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.", Publicado en DerechoTecnologico.com, Url: <http://www.derechotecnologico.com/estrado/estrado002.html>, Consultado: : 10 de Abril de 2014
- KELSEN, Hans, "Teoría general del derecho y del Estado", Imprenta Universitaria, México, D. F., 1949.
- KELSEN, Hans; Bulygin, Eugenio. "Validez y eficacia del Derecho". Ed. ASTREA, 2005
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA); AG/RES. 2004 (XXXIV-O/04), Año 2004
- PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio; DE ASIS, Agustin; "Curso de Teoría del Derecho". Ed. Marcial Pons, 1999, Madrid.
- SYMANTEC. "Norton Cybercrime Report 2011". Url: http://www.symantec.com/content/en/us/home_homeoffice/html/ncr/, Consultado: 10 de Abril de 2013